



Roj: **STSJ PV 304/2012 - ECLI:ES:TSJPV:2012:304**

Id Cendoj: **48020340012012100290**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2012**

Nº de Recurso: **140/2012**

Nº de Resolución: **308/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS PABLO SESMA DE LUIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: 140/12

N.I.G. 48.04.4-11/006804

SENTENCIA Nº:

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 7 de Febrero de 2012.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. **D. PABLO SESMA DE LUIS**, Presidente en funciones, **D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI** y **Dª. ELENA LUMBRERAS LACARRA**, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Carlos José contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de Bizkaia, de fecha 7 de Noviembre de 2011 (autos 680/11), dictada en proceso sobre **(DSP)** -Despido-, y entablado por el **recurrente** frente a **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN S.L.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. PABLO SESMA DE LUIS**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.-) El actor D. Carlos José, ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 4/01/2.001, con la categoría profesional de gerente, y un salario bruto anual de 233.622,56 euros.

2º.-) El actor suscribió contrato de trabajo el 4/01/2.001, siendo contratado como Director de **TRI MARINE INTERNATIONAL (PTE.) LTD**, Oficina de Representación en España, hasta que el 1/08/2.004 fue contratado por la empresa **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.** (certificado de vida laboral; doc. nº 8 actor).

La empresa demandada contrató al actor, debido a que lo conocía por su prestación de servicios en Albacora, S.A., empresa de la que **TRI MARINE** era cliente (testigo Sr. Leon; vida laboral doc. nº 8 actor; interrogatorio empresa). El actor trabajaba desde 1.990 en Albacora.

Como consecuencia de la cesión de la actividad de la Oficina de Representación en España a la nueva filial **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.**, el actor suscribió contrato laboral de alta dirección en fecha 28/05/2.007 (doc. nº 1 empresa que damos por reproducido), formalizado al amparo de lo dispuesto en el

RD 1.382/1985 de 1 de agosto, de duración indefinida, donde se indica que asumirá las funciones de Director General de la Compañía.

3º.-) El 8/07/2.004 la empresa **TRI MARINE** INTERNATIONAL (PTE) LTD constituyó la empresa demandada **TRI MARINE** INTERNATIONAL SPAIN, S.L., cuyo objeto social es la comercialización de toda clase de pescados y mariscos (con código de actividad CNAE 4638).

Se nombraron como miembros del consejo de administración a D. Leon , residente en Italia, D. Mariano , residente en Singapur, y D. Victorio , residente en Singapur, siendo nombrado el actor Secretario no consejero (doc. nº 3 empresa).

A su vez, se confirieron amplios poderes al actor, 31 en total, mediante escritura pública otorgada a su favor, comprendiendo la totalidad de las facultades inherentes a la administración de la empresa, incluida la de disponer de todo su patrimonio. Se tiene por reproducido el doc. nº 4 aportado por la empresa.

La empresa demandada pertenece al GRUPO **TRI MARINE**, con sociedad matriz en Singapur, sede central en Los Angeles (USA) y 16 oficinas en todo el mundo (doc. nº 2 empresa).

4º.-) El actor fundó la empresa BIZARRE DISTRIBUCIONES, S.L. el 27/05/1.998, cuyo objeto social es la comercialización de productos de pesca (código CNAE 4638: el comercio al por mayor de pescados, mariscos y otros productos alimenticios). El domicilio fiscal inicial se fijó en Poligono Erletxes 16 (Galdakao).

El 23/04/2.004 se cambió la denominación social, pasando a ser APIKALE, S.L., con domicilio fiscal en General Concha 19 de Bilbao, y el 24/06/2.008 se modificó de nuevo a Lersundi 1, donde se encuentra el restaurante del mismo nombre. Desde el 14/07/2.009, el domicilio social se encuentra en la calle Heros 24, 1º de Bilbao.

En el momento de la constitución de la sociedad, el actor fue nombrado administrador único, cesando el 23/04/2.004, siendo nombrada administradora única su entonces esposa Dña. Laura .

El actor es titular del 98,5% del capital social, junto con su hermano D. Jose Miguel , que es titular del resto (doc. nº 11 empresa).

El importe neto de la cifra de negocios de APIKALE durante el ejercicio 2.009 ascendió a 27.984.484,32 euros, y durante el ejercicio 2.010 a 29.460.155,84 euros. El resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2.009 ascendió a 232.432,61 euros y del ejercicio 2.010 a 176.628,24 euros (doc. nº 10 empresa).

Entre sus clientes, constan empresas que igualmente eran clientes de la demandada, tales como la gallega PESCAMAR, a la que llegó a facturar en el año 2.010 la cantidad de 724.457,56 euros. En el doc. nº 24 aportado por la demandada, que damos por reproducido, se observa como APIKALE llegó a facturar en el año 2.007 la cantidad de 905.033 euros, en el año 2.008, 239.612,46 euros, en el año 2.009, 409.104,30 euros y en el año 2.010, 724.457,56 euros, viéndose en cambio disminuido el volumen de ventas efectuadas por **TRI MARINE** INTERNATIONAL SPAIN, S.L. desde 2.006, en 2.007 las ventas ascendieron a 199.305 euros, y sin que desde 2.008 la demandada haya efectuado operación alguna con PESCAMAR.

5º.-) El 31/05/2.010, D. Felicísimo , amigo íntimo del actor, fue nombrado administrador único de APIKALE, S.L.

6º.-) La empresa APIKALE, S.A. es titular del 7% del capital social de la empresa MONTE KALAMUA, S.A. El actor es apoderado de la sociedad, que se dedica a la fabricación, producción, comercialización, venta y distribución de toda clase de comidas, bebidas y licores, y su hermano D. Javier es el presidente del Consejo de Administración (doc. nº 14, 15 y 16 empresa).

7º.-) El actor guardaba en su oficina de **TRI MARINE** INTERNATIONAL SPAIN, S.L. documentos relativos a la empresa APIKALE, S.A. (doc. nº 2 actor).

8º.-) El actor, en representación de la empresa **Tri Marine** International Spain, suscribió el 26/10/2.003 un Anexo al contrato de arrendamiento del local de negocio de la calle Henao 20 de Bilbao, suscrito entre la propietaria del local y BIZARRE DISTRIBUCIONES, S.L., donde se ubicaron las oficinas de **TRI MARINE** INTERNATIONAL SPAIN, S.L.

El objeto del Anexo era la prorrogación anual del contrato.

En la cláusula primera se indica que la demandada se subrogó en su día en el contrato de arrendamiento que tenía suscrito BIZARRE DISTRIBUCIONES, S.L. con la propietaria del local (doc. nº 9 actor).

9º.-) Con fecha 17/06/2.011 la empresa comunicó al actor mediante burofax la extinción del contrato de trabajo por causa de despido disciplinario, mediante carta del siguiente tenor literal:

"Por la presente le comunicamos que la mercantil **TRI-MARINE** INTERNATIONAL, SPAIN, S.L.-Sociedad Unipersonal- ha tomado la decisión de proceder a extinguir su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto



por el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, y asimismo, de conformidad con la estipulación séptima de su contrato de trabajo de alta dirección, de 28 de mayo de 2007, que establecen como causa de extinción de su contrato el despido disciplinario.

A este respecto, hemos tenido conocimiento de que usted está desarrollando a través de la sociedad APIKALE, S.L. actividades de promoción y comercialización de productos del mar (según el artículo 5.1 de los estatutos sociales de la mercantil APIKALE, S.L., inscritos en el Registro Mercantil, el objeto de dicha sociedad desde su fundación está constituido por "la comercialización de pescados, crustáceos y moluscos y otros productos de la pesca"), actividades que precisamente constituyen el negocio principal de su empleadora, **TRI-MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.-Sociedad Unipersonal-** por una relación especial de alta dirección, uno de cuyos fundamentos es la confianza recíproca entre las partes, elemento que usted ha quebrado de manera definitiva.

En este sentido de conformidad con la información que consta en el Registro Mercantil, hemos podido verificar que usted es socio fundador de APIKALE, S.L. (socio fundador mayoritario con el 98% del capital social, siendo su hermano Jose Miguel socio fundador minoritario con el 2%).

Del mismo modo, usted ha sido administrador único de dicha sociedad hasta mayo de 2004 (cuando su relación con el Grupo **TRI-MARINE** comienza en enero de 2001, momento en el que usted fue contratado como gerente de **TRI-MARINE INTERNATIONAL (PTE.) LTD.** Oficina de Representación en España), cargo de administrador único en el que fue sustituido posteriormente por su esposa Laura hasta junio de 2010; siendo en la actualidad apoderado de APIKALE, S.L., su propio hermano, Jose Miguel, tal y como consta en el Registro Mercantil, todo lo cual constituye una evidencia de que usted siempre ha participado en la dirección de la sociedad APIKALE, S.L. de modo directo o indirecto.

Asimismo, de conformidad con las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil y correspondientes al año 2009, la precitada sociedad forma parte de un grupo empresarial junto con otras sociedades en las que usted ostenta distintos cargos. Concretamente, APIKALE, S.L. participa en las mercantiles MONTE KALAMUA, S.A. Y URDIN IZAR KORPORAZIOA, S.L. Así, de conformidad con la información que consta en el Registro Mercantil, usted ostenta la condición de apoderado en MONTE KALAMUA, S.A. y la de miembro del consejo de administración en URDIN IZAR KORPORAZIOA, S.L.

A mayor abundamiento, cabe indicar que la actividad de MONTE KALAMUA, S.A. consiste, como es público y notorio en el mercado, en la comercialización de productos del mar, actividad que evidentemente, también resulta concurrente con el negocio de **TRI-MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.-Sociedad Unipersonal-**.

El desarrollo de actividades concurrentes a través de APIKALE, S.L. y MONTE KALAMUA, S.A., así como la acumulación de cargos de diversa índole, en los términos que se acaban de exponer, en otras empresas del mismo grupo empresarial (MONTE KALAMUA, S.A., y URDIN IZAR KORPORAZIOA, S.L.), constituye un ejercicio de competencia desleal que justifica la extinción de su relación laboral con **TRI-MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.-Sociedad Unipersonal-** en virtud de despido disciplinario que se le comunica por medio de la presente, con efectos a partir del día de hoy, 16 de junio de 2011.

Finalmente, indicarle que la compañía procederá a poner a su disposición inmediatamente el importe de su liquidación final."

Dicha comunicación se le intentó entregar el actor en Los Angeles (USA), en una reunión mantenida con representantes de la empresa.

En dicha reunión, se le preguntó al actor por APIKALE, y este contestó que era un restaurante.

10º.-) El órgano de administración de **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.** desconocía que el actor era fundador y propietario de una empresa cuya actividad es idéntica a la que se dedica aquella empresa, ignorando la propia existencia de la empresa APIKALE, S.L. (testigo Sra. Raimunda ; Sr. Leon ; interrogatorio empresa; art. 97 LPL).

11º.-) La empresa demandada ha formulado querrela criminal contra el actor el 11/10/2.011, por entender que los hechos que relata en la misma pueden ser constitutivos de un delito societario o alternativamente delito de apropiación indebida (doc. nº 23 empresa, que damos por reproducido).

12º.-) El 24/07/2.008 fue celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda de despido interpuesta por D. Carlos José contra **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN, S.L.**, debo convalidar la decisión extintiva efectuada por la empresa demandada, absolviendo a la demandada de las pretensiones formalizadas en su contra."



TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son cuatro las modificaciones que el demandante propone en el recurso para el relato de hechos probados.

La primera, recayente sobre el ordinal primero, defiende el hecho de que la carta de despido no señaló la cifra de negocio de la mercantil Apikale ni sus clientes ni el tipo de relación ó facturación con ellos. Es cierta esta afirmación pero su falta de relevancia radica en que encierra una cuestión cuantitativa, pero no cualitativa. La carta de despido imputó al demandante una conducta de competencia desleal; identificó la empresa desde la que cometió los actos de competencia; y señaló el cargo que en aquélla ostentaba. Esto es lo esencial de la imputación disciplinaria, siendo secundaria la cuantía de las desviaciones de negocio, que la demandada también acreditó, reforzando así la relevancia de lo contenido expresamente en la carta de despido, de la que derivaban las cifras de negocio que el relato de hechos recogió en su ordinal cuarto.

La segunda propuesta es intrascendente. No repercute en el signo de la resolución ni el porcentaje de participación social de la mercantil Apikale en Monte Kalamua S.A. ni el cargo que el demandante pudiera tener en esa última, puesto que no fue con esa segunda empresa con la que el demandante cometió los hechos enjuiciados.

La tercera propuesta tampoco puede ser acogida. La afirmación del ordinal décimo del relato fáctico en el sentido de que la demandada desconocía la existencia de Apikale y, a su través, la actividad del demandante, se basó, conforme el propio relato señala, en la prueba testifical, reforzada por la circunstancia de que la lejanísima ubicación habitual de los miembros del Consejo de Administración de la demandada hacía evidente la difícil constatación de lo que el demandante hacía. Las pruebas documentales que invoca aquél no son literalmente concluyentes para admitir como acreditado lo que postula ni para desvirtuar la eficacia de la prueba testifical que, según la sentencia, resultó ser sólida.

La cuarta propuesta puede ser acogida. La querrela a que se refiere el apartado décimo primero del relato no fue citada por la carta de despido ni lógicamente fue objeto de valoración por la sentencia. Debe tenerse como un hecho irrelevante para lo que ahora nos ocupa, por lo que no hay impedimento formal para estimar la propuesta, aunque ésta nada importante aporte.

SEGUNDO.- Por todo lo expuesto, la ya inalterada versión de los acontecimientos hace que carezca de fundamento fáctico la denuncia de inadecuada aplicación de los arts. 54 , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 11.2 del Real Decreto 1382/1985 .

La sentencia de instancia debe ser confirmada en atención a sus propios razonamientos porque, en efecto, la empresa probó la veracidad de lo imputado en la carta de despido disciplinario, esto es, la transgresión de la buena fe contractual mediante la competencia desleal que el demandante realizó en todo momento de la relación contractual, de manera habitual y causando importante perjuicio a la demandada y simultáneo beneficio en favor del demandante. Por tanto, la conducta fue grave y no concurre circunstancia alguna que minore ó justifique la misma, viéndose confirmada tal gravedad por el uso que el demandante hizo de las amplísimas facultades que la empresa le concedió, para manejar su gestión en la forma que ha quedado acreditada, y para lograr el ocultamiento de su conducta a los propietarios de su empleadora.

TERCERO.- No procede imponer las costas del recurso a la parte que, vencida en el mismo, le asiste el beneficio de justicia gratuita (arts. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y 2-d de la Ley 1/1996).

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de Suplicación interpuesto por Carlos José frente a la sentencia de 7 de Noviembre de 2011 (autos 680/11) dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vizcaya en procedimiento sobre despido instado por el recurrente contra **TRI MARINE INTERNATIONAL SPAIN S.L.**, **debemos CONFIRMAR** la resolución impugnada.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0140-12.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0140-12.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.